

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A**

Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
**Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA D.C. S.A.
E.S.P.**
Demandado: COMCEL – HOY CLARO
Referencia: EJECUTIVO

Pasa a considerar la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra los ordinales primero y segundo del auto de 12 de agosto de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se decretaron las medidas cautelares solicitadas por la parte ejecutante en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El 25 de abril de 2013, la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., interpuso proceso ejecutivo contra Comcel, hoy CLARO, para que se condene a la sociedad demandada al pago de las sumas señaladas en la providencia del 9 de agosto de 2012 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

En memorial allegado el 26 de abril de 2013, la parte ejecutada solicitó fijar caución para evitar embargos y secuestros sobre sus bienes. Posteriormente la parte ejecutante insistió en que se decretaran y practicaran las medidas cautelares para el cumplimiento de las obligaciones.

Mediante auto de 12 de agosto de 2013¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dispuso respecto de la solicitud a la que se acaba de hacer referencia, lo siguiente:

“(…)

Al respecto se estima oportuno señalar, que en criterio de este Despacho la procedencia del decreto de la medida cautelar, implica entre otras, la identificación específica de los bienes a embargar, esto de conformidad lo dispuesto en el último inciso del artículo 76 del C.P.C., situación que por se implicaría la negativa de la medida cautelar, o por lo menos un requerimiento a la parte ejecutante a fin de cumplir con tal deber.

No obstante, en virtud de la línea jurisprudencial adoptada por el Honorable Consejo de Estado, bajo la cual, no se hace necesario este requisito, se procederá a analizar la solicitud de embargo y secuestro elevada por la entidad ejecutante.

De conformidad con las disposiciones antes citadas, las aclaraciones que anteceden y específicamente a lo solicitado por la parte ejecutante, encuentra el Despacho que las anteriores medidas cautelares, están correctamente solicitadas razón por la cual procederá su decreto, siguiendo en cada caso el trámite establecido en los numerales 4° (créditos y otros derechos) y 11° (sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios), del artículo 681 del C.P.C.

(…)

Limitación del embargo decretado.

(…)

En el presente caso, y dado que el mandamiento de pago se profirió por la suma total de CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS

¹ Fls. 3-5 C. 2



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/CTE (\$152.925.610.631.00); el valor del embargo y secuestro no podrá exceder del doble del valor del crédito, los intereses y las costas prudencialmente calculadas, esto es de TRESCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.000).

De la práctica o Materialización de la Medida Cautelar.

Advierte el Despacho que en el presente caso obra solicitud de la parte ejecutada para que se fije caución que impida el embargo y secuestro de bienes de su propiedad, que debe ser analizada de manera previa a que se disponga la materialización de la medida cautelar que se decretará.

Estima oportuno señalar el despacho, que si bien en los términos del artículo 519, la solicitud se eleva para que no se acceda al decreto de embargo y secuestro de bienes propiedad de la ejecutada, no se puede desconocer que, la disposición que respalda tal solicitud hace referencia al embargo y secuestro entendiéndose con ello, la materialización o práctica de tales medidas y no su decreto.

Así las cosas, se estima pertinente proceder a decretar las medidas cautelares solicitadas no así de su práctica, situación respecto de la cual se resolverá, en caso de improcedencia de la caución, que la caución prestada no sea aceptada, o que la garantía no se constituya dentro del plazo otorgado.

C) DE LA SOLICITUD DE CONTRACAUTELA

La parte ejecutada solicitó, se fije caución, con el fin de evitar el decreto y práctica de las medidas cautelares solicitadas por la entidad ejecutante, ante lo cual el Despacho precisa:

(...)

En el presente caso, por haberse solicitado en debida forma y ser procedente el decreto de caución para evitar la materialización de las medidas de embargo y secuestro de bienes propiedad de la sociedad ejecutada, se procederá a fijar caución por el valor de TRESCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.000), suma que incluye el monto de la obligación a la fecha, los intereses causados, desde que se hizo exigible la obligación hasta la fecha que tentativamente se profiera sentencia y las costas del proceso.

Tal y como se señaló con antelación, en caso de que la caución prestada no sea aceptada por este Despacho, o que la garantía no se constituya dentro del plazo otorgado, se procederá a la materialización o práctica de la medida cautelar decretada”.



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

La parte ejecutada, mediante escrito de 21 de agosto de 2013², interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación contra el auto referido, por considerar que el Tribunal *a quo* no podía resolver de manera simultánea la solicitud de medidas cautelares y la de fijación de la caución, comoquiera que debía *“despachar primeramente la solicitud de contracautela en cuanto al monto de la misma, el término en el cual deba ser otorgada y su consecuencial aceptación; hecho lo anterior, si el extremo demandado no cumple con las cargas aquí referidas, el operador judicial, solo hasta ese momento, quedará habilitado para pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares”*.

Por su parte, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. interpuso recurso de reposición contra la misma decisión porque, según su criterio, la caución señalada por el Tribunal *a quo* no refleja el monto real de los intereses comerciales y moratorios, así como tampoco lo correspondiente a la estimación de costas y agencias en derecho, razón por la que solicitó se aumentara a una cifra no inferior a \$400.000.000.000³.

La parte ejecutada, COMCEL S.A., describió el traslado del recurso de reposición interpuesto y manifestó que el monto determinado por el Tribunal se encontraba ajustado a la Ley⁴.

De igual manera, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá D.C. S.A. E.S.P., describió el traslado del recurso de reposición y, en subsidio, de apelación⁵, interpuesto por COMCEL S.A. –hoy CLARO-, contra el auto de marras, por lo cual puso de presente que en la legislación colombiana no existe norma alguna que señale que primero deba resolverse la solicitud de caución presentada por el ejecutado y, solo posteriormente, sobre el decreto de las medidas cautelares, para concluir que la decisión proferida

² Fls. 6 – 8 C. 2.

³ Fls. 9 – 10 C. 2.

⁴ Fls. 11 – 14 C. 2.

⁵ Fls. 15 – 16 C. 2.



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

por el Tribunal debe confirmarse, puesto que la ejecución de las medidas cautelares quedó sujeta al cumplimiento de la caución por parte de COMCEL S.A.

En cumplimiento del auto de 12 de agosto de 2013, COMCEL S.A. –hoy CLARO-, allegó al proceso los documentos mediante los cuales constituyó caución a través de garantía bancaria⁶. La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. solicitó no admitir la caución presentada por la empresa ejecutada puesto que ésta presentaría una serie de irregularidades⁷, según su criterio.

Mediante auto de 16 de septiembre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó el monto de la caución establecida en auto de 12 de agosto de 2013. Posteriormente, en auto de 21 de octubre del mismo año, el Tribunal *a quo* lo adicionó y decidió confirmar el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y, por último, dispuso conceder en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto en subsidio por la parte ejecutada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Consideraciones previas

Previo a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 12 de agosto de 2013, estima la Sala pertinente realizar algunas consideraciones acerca de la aplicación en este asunto de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y

⁶ Fls. 18 – 49 C. 1.

⁷ Fl. 50 C.1.



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

de lo Contencioso Administrativo, normativa que en su artículo 308 señaló que tal estatuto comenzaría a regir a partir del 2 de julio de 2012, motivo por el cual a todos los procesos y demandas iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia se les aplicará dicha legislación, mientras que los procesos iniciados con anterioridad a dicha fecha, se regirán por la legislación anterior -el Decreto 01 de 1984-. Así las cosas, y de conformidad con dicha regla, se tiene que, habiéndose presentado la demanda el 25 de abril de 2013, le resulta aplicable al presente trámite el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De igual manera, debe advertirse que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a partir del 1 de enero de 2014, se encuentra vigente el Código General del Proceso, por lo cual, *“en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal”*⁸.

2. De las cauciones judiciales en el proceso ejecutivo.

El artículo 299 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que *“salvo lo establecido en este Código para el cobro coactivo a favor de las entidades públicas, en la ejecución de los títulos derivados de las actuaciones relacionadas con contratos celebrados por entidades públicas, se observarán las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil para el proceso*

⁸ Si bien para la Jurisdicción Civil Ordinaria el Código General del Proceso tiene una implementación gradual determinada por el Acuerdo PSAA13-10073 del Consejo Superior de la Judicatura, el cual fue suspendida su aplicación mediante acuerdo No. PSAA14-10155 el 28 de mayo de 2014, dicho acuerdo no puede ser aplicado para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, comoquiera que ésta ya cuenta con todos los medios físicos, logísticos y estructurales para llevar a cabo procesos orales y no tendría objeto condicionar la aplicación del mencionado Código de manera progresiva o escalonada en desmedro de los ciudadanos y su derecho al acceso a la administración de justicia, de lo que se concluye que para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Código General del Proceso entró a regir el 1 de enero de 2014. Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 25 de junio de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, EXP. 2500023360002120039501 (IJ) (49.299).



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

ejecutivo de mayor cuantía”, para el presente asunto se entiende que se aplicará el Código General del Proceso, de conformidad con lo señalado anteriormente.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 602 del Código General del Proceso se establece que el ejecutado podrá constituir caución para evitar que se practiquen embargos y secuestros o para solicitar el levantamiento de éstos, cuando ya han sido practicados. La norma expresamente dice:

“ARTÍCULO 602. CONSIGNACIÓN PARA IMPEDIR O LEVANTAR EMBARGOS Y SECUESTROS. El ejecutado podrá evitar que se practiquen embargos y secuestros solicitados por el ejecutante o solicitar el levantamiento de los practicados, si presta caución por el valor actual de la ejecución aumentada en un cincuenta por ciento (50%).

Cuando existiere embargo de remanente o los bienes desembargados fueren perseguidos en otro proceso, deberán ponerse a disposición de este o del proceso en que se decretó aquel” (Subraya de la Sala).

La Sección Tercera de esta Corporación, en auto del 5 de julio de 2001⁹, al estudiar la caución para evitar o levantar embargos del artículo 519 del Código de Procedimiento Civil¹⁰ -norma que en el Código General del Proceso se refleja bajo el mismo tenor en el artículo 602-, se pronunció en los siguientes términos:

“De la norma transcrita es claro que el ejecutado podrá constituir caución o bien para impedir la medida cautelar o bien para levantarla. En el primero de los casos, podrá solicitar el señalamiento de la misma desde que se formule la demanda ejecutiva, aún antes de

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 18.936. Posición reiterada en auto de 23 de mayo de 2002, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 22005.

¹⁰“ARTÍCULO 519. Consignación para impedir o levantar embargos y secuestros. Desde que se formule demanda ejecutiva el ejecutado podrá pedir que no se le embarguen ni secuestren bienes, para lo cual deberá prestar caución en dinero o constituir garantía bancaria o de compañía de seguros por el monto que el juez señale, para garantizar el pago del crédito y las costas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que desestime las excepciones, o del auto que acepte el desistimiento de ellas, o de la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, según fuere el caso (...)”.



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

haberse notificado el mandamiento de pago, facultad que conserva a lo largo de todo el proceso, a pesar que no se hayan solicitado, ordenado ni practicado dichas medidas. Esta caución destinada a impedir la práctica de embargo y secuestro, podrá estar constituida en dinero en efectivo, garantía bancaria o póliza de compañía de seguros por el monto que el juez señale.

Fundamentalmente, estas cauciones judiciales tienen por objeto asegurar el adecuado cumplimiento de determinada obligación surgida dentro del proceso o con ocasión del mismo y en ese sentido tienen como propósito garantizar el pago del crédito y las costas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o del auto que acepte el desistimiento.

En cuanto a este tipo de caución la doctrina nacional ha señalado:

'En primer lugar, la posibilidad de solicitar esta caución, está determinada por la circunstancia de que aún no se hayan practicado las medidas cautelares, es decir es decir que si estas ya se concretaron, así sea en mínima parte, no es posible la garantía bancaria o en póliza de seguros, empero, así estén decretadas, si estas no han podido concretarse por cualquier razón, subsiste la posibilidad de emplear la garantía de que trata el inciso primero del art. 519.

Es más, opinamos que si cuando se pidió la fijación de la caución cautelar estaba decretada pero no practicada y surge con posterioridad a la petición la efectividad de alguno de los embargos decretados, conserva el ejecutado el derecho de que una vez señalado el monto de la caución por el juez, o fijado pero aún no prestada por estar dentro del plazo dado para hacerlo, que como lo indica el inciso cuarto del art. 519 lo debe señalar el juez en un término no menor de cinco días ni superior a veinte, preste la garantía en póliza judicial o aval de un banco, en suma con cualquiera de las posibilidades de garantía previstas en el inc. 1º del art. 519.' (Hernán Fabio López Blanco, Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Tomo II. Edi. 1999).

La Sala comparte la anterior orientación y hace suyo dicho razonamiento, puesto que permite concluir, que en tratándose de la segunda hipótesis, es decir, solo si la medida cautelar se hubiere hecho efectiva, el ejecutado podrá pedir la cancelación, previa consignación de la suma de dinero en efectivo que el juez estime suficiente para garantizar el pago del crédito y las costas, en la cuenta de depósitos judiciales de la Corporación" (Subraya de la Sala).

Así las cosas, es dable concluir que la parte ejecutada puede constituir caución para impedir las medidas cautelares si no se han practicado, o levantarlas cuando ya han sido practicadas; respecto de la primera



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

circunstancia se encuentra que la caución puede ser solicitada, incluso cuando la medida cautelar haya sido decretada, no obstante lo cual, si ésta ya se practicó, se deberá presentar solicitud de levantamiento de la medida.

3. Caso concreto.

En el presente asunto se tiene que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en auto de 12 de agosto de 2013 decretó las medidas cautelares solicitadas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y, a su vez, fijó la caución solicitada por COMCEL –hoy CLARO- y, condicionó la práctica de dichas medidas a que la empresa ejecutada constituyera la caución dentro del plazo otorgado y que fuera aprobada por el Tribunal.

Inconforme con la anterior decisión COMCEL –hoy CLARO- manifestó que el Tribunal *a quo* no podía resolver de manera simultánea respecto del decreto de las medidas cautelares pedidas por la parte ejecutante y la solicitud de caución de la ejecutada, puesto que las primeras quedan relegadas al “*otorgamiento y aceptación de la contracautela*”.

En ese orden de ideas y de conformidad con lo expuesto en este proveído, la Sala encuentra que en el presente asunto se configura una situación que encuadra con lo dispuesto por el artículo 602 del Código General del Proceso, -normatividad que dispone que *el ejecutado podrá evitar que se practiquen embargos y secuestros solicitados por el ejecutante-* y, dado que las medidas cautelares no habían sido decretadas ni practicadas por el Tribunal *a quo*, la solicitud era procedente.



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

Así las cosas, encuentra la Sala que al Tribunal Administrativo de Cundinamarca le asistió razón al fijar la caución solicitada y, a su vez, cuando, por economía procesal, decretó las medidas cautelares condicionando su operación al cumplimiento y aprobación de ésta, puesto que la finalidad de dicha caución es evitar la práctica de las medidas cautelares, mas no su decreto, de ahí que, si la parte ejecutada no llegara a constituir la caución se podría proceder a ejecutar las medidas decretadas.

4. De la caución constituida por COMCEL –hoy CLARO.

Ahora bien, dado que el proveído apelado será confirmado en cuanto hace lo ya examinado, procederá la Sala a estudiar la aceptación de la caución constituida en garantía bancaria por COMCEL –hoy CLARO- a favor de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., comoquiera que el expediente principal ya se encuentra en esta Corporación.

En proveído de 12 de agosto de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección A, resolvió:

“CUARTO: La parte ejecutada constituirá caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, por valor de TRESCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.000), para lo cual se fija un término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia”.

Se tiene que, según resulta de la constancia que obra en el expediente, el auto al que se acaba de hacer referencia, fue notificado por estado el 15 de agosto de 2013, por lo que el término de los 5 días otorgados por el Tribunal *a quo* transcurrió entre el 16 y el 23 del mismo mes y año y, dado que los documentos contentivos de la caución bancaria fueron allegados



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL –HOY CLARO-

el 21 de agosto de 2013¹¹, ha de concluirse que fue oportuna su presentación y que cumple con los requisitos legales, razón por la cual se admitirá y se ordenará a la Secretaría de la Sección suspender la ejecución de las medidas cautelares decretadas en auto de 12 de agosto de 2013.

Por último, encuentra la Sala que tanto en la caratula del expediente como en el software de gestión se indica que el presente es un proceso de reparación directa, cuando en realidad estamos ante un proceso ejecutivo, por lo cual, por Secretaría de la Sección se ordenara corregir la naturaleza del proceso.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR los ordinales primero y segundo del auto de 12 de agosto de 2013 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: ACEPTAR la caución constituida en garantía bancaria por COMCEL –hoy CLARO- a favor de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., por lo cual se ordenará **SUSPENDER** la ejecución de las medidas cautelares decretadas en auto de 12 de agosto de 2013.

TERCERO: Por Secretaría de la Sección, ejecutoriado este proveído, **DEVOLVER** el expediente al Despacho para que haga parte del proceso principal (25000233600020130052803 -51181).

¹¹ Ffs. 207 – 239 C. 2.



Radicación: 250002336000201300528 01 (49335)
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA
S.A. E.S.P.
Demandado: COMCEL -HOY CLARO-

CUARTO: Por Secretaría de la Sección **CORREGIR** la naturaleza del proceso, tanto en la caratula, como en el software de gestión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA